

PARTE PRIMERA DERECHOS HUMANOS

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CONSTITUCIÓN

1. Aproximación histórica al desarrollo, fomento y protección de los derechos humanos	13
2. Noción.....	15
3. Los derechos humanos como valores	16
4. Categoría jurídica de los derechos humanos.....	17
5. Vigencia sociológica de los derechos humanos	20
6. Los derechos humanos frente a “su circunstancia”	23
7. Los derechos humanos como “imagen”	24
8. Incorporación de los derechos humanos al derecho interno	25
9. La obligatoriedad de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos	28
10. La interpretación judicial de los derechos humanos.....	31
11. La significativa incidencia de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados	33

PARTE PRIMERA

DERECHOS HUMANOS

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CONSTITUCIÓN

1. Aproximación histórica al desarrollo, fomento y protección de los derechos humanos

Los derechos humanos tienen en este siglo, sobre todo después de los años cincuenta, una notable evolución que llevó a interrogarse si ellos representaban una nueva ciencia o eran, en realidad, desprendimientos del derecho constitucional o, quizá, del derecho internacional.

Históricamente esa duda o confusión llevó a establecer sinonimias entre los derechos del hombre y los derechos del ciudadano.

Pero es hora de abandonar esa práctica porque los derechos humanos tienen una filosofía diferente que parte de concretar garantías y derechos que no admiten aplicaciones desiguales, ni significaciones distintas según establezca el intérprete ocasional. Esta manera de atribuir la calidad del derecho a la intelectualidad ideológica ha llevado a cancelar la investigación científica autónoma por creerla inmersa en el derecho constitucional o político.

El desarrollo de los derechos humanos incurre en tres momentos culminantes que patentizan e inciden en los resultados posteriores que hemos de advertir.

La primera etapa empieza coincidentemente con las espectaculares expansiones que originan las revoluciones francesa y norteamericana de fines del siglo XVIII. Los derechos del hombre acceden reconocidos ante una suerte de oposición entre el Estado y sus habitantes.

Se exige un “no hacer”, una actitud negativa, un prevalecer de los derechos que hasta entonces eran considerados naturales y propios y que en este periodo van a consagrarse como derechos civiles y políticos, y como anteriores a la existencia misma del Estado.

En realidad, este reclamo del hombre hacia sus pertenencias íntimas e intrínsecas contaba con antecedentes en los Fueros españoles del medievo y con la carta magna de 1215.

La importancia que tiene esta fase radica en que, por vez primera, se obtiene una categoría de derechos donde el Estado no tiene ingerencia ni participación.

El liberalismo filosófico político y el desarrollo de las teorías sobre la subsidiariedad del Estado son reflejos de este tiempo. Surge el constitucionalismo, obligando a un ordenamiento sistemático de los derechos.

La Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y otros documentos posteriores dividen los derechos, atendiendo esa bifurcación entre garantías preexistentes y derechos que surgen de la vinculación política.

Así, los derechos del hombre son naturales e inalienables, mientras que los del ciudadano son positivos, dependientes del Estado.

Esta distinción se ha difuminado en el transcurso del desarrollo social, político y jurídico, pues con el advenimiento de las Constituciones, y su *télesis* de regir de una vez y para siempre la vida en sociedad llevó a estimarlos en conjunto como “derechos individuales”, siendo ambos, por implicación, derechos que significaron “oponerse” al Estado, marcando límites y facultades respectivas.

La segunda etapa o dimensión de los derechos humanos reconoce dos fenómenos de registro diverso.

La industrialización y la segunda Guerra Mundial alertan al hombre sobre su incapacidad para resolver *per se*, los conflictos que le plantea la agresión multiplicada o, directamente, la afrenta a la sociedad en su conjunto.

El hombre en crisis vuelve en este estadio al Estado. Le pide que actúe. En este segundo momento exige un accionar positivo. Un “hacer” que se contrapone al “no hacer” de la etapa anterior.

Tanto el existencialismo, cuanto filosofía en ciernes, como el constitucionalismo social son resultados de este tiempo.

Surge la solidaridad entre las naciones, y la asistencia recíproca originada en las vinculaciones por pactos y tratados.

Las cartas fundamentales, hasta entonces cartabones del liberalismo, se modifican en favor de una nueva categoría de derechos: los sociales, económicos y culturales.

Estas garantías no son exclusivas, sino que se asignan por una correspondencia con un grupo social determinado (v. gr.: derecho de huelga, de agremiación, de protección a la familia, a la salud, a la educación, etcétera).

Tal como sucedió con la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la Declaración Universal de los Derechos Humanos es fruto de esta época (1948), y condicionará el obrar futuro del mundo.

La tercera dimensión, en cambio, supone una mutación en los intereses del hombre.

Ahora la reflexión encuentra su crisis en los actos propios de la vida en comunidad. El hombre ve sitiada su individualidad y acotados sus reductos de protección, o al menos ya le parecen insuficientes.

Le pide entonces a su igual que obre en consecuencia. El hombre le reclama al hombre que no afrente los valores conquistados. Son los denominados derechos de la tercera generación, o derechos de la solidaridad.

El problema se identifica con la masificación social, donde el fenómeno lo producen un conjunto numeroso de individuos anónimos.

Componen este grupo de derechos los que la doctrina denomina derechos o intereses difusos. También otros los llaman sociales ya que viven en el contexto de la colectividad o de la humanidad.²

Como el goce de estos bienes son ineludiblemente comunitarios, se diluyen las distinciones entre nacionalidades, ideologías y formas de gobierno. Las fronteras políticas que definen las diferencias estructurales entre uno y otro Estado, y que de hecho determinan una tutela diferenciada de los derechos humanos se muestran incapaces para responder al pleno ejercicio de sus reconocimientos.

Tal es así que el “consumidor” de los mismos no puede ser diferenciado: es el hombre, cualquiera que sea su circunstancia temporal, social, cultural o económica.

Los derechos sociales son derechos pragmáticos que exigen un complemento técnico y legislativo que facilite su plena vigencia. En cambio, los derechos de la nueva generación son operativos, exigibles inmediatamente, sin más requisito que su mera formulación.

A fines de siglo, sorprenden otros hechos relevantes para el devenir de las conductas y de lo que de ellas se espera.

La caída del muro de Berlín, la decadencia de las ideologías, la constitución de grupos de naciones que quieren figurar como defensores del orden mundial, el retorno a prácticas que se creían superadas como los nacionalismos extremos; en fin, todo parece indicar que se avizora un nuevo tiempo, otra dimensión que no podrá ser indiferente en la larga lucha por los derechos humanos.

2. *Noción*

¿Es posible encontrar una definición común para los derechos humanos? El problema surge cuando no se advierten las diferentes formas de pensamiento de la sociedad, sus diversos grados de desarrollo cultural, sus definidas idiosincrasias; sin embargo, y a pesar de estas contingencias desafortunadas, pueden hallarse coincidencias prácticas.

2 Gómez Lara, Cipriano, “La protección procesal de los derechos fundamentales”, ponencia general a las *XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Río de Janeiro, Brasil, mayo de 1988.

Los derechos humanos definen una condición obvia: son derechos inherentes al hombre por su sola condición de tal. Por tanto, no requieren positivación alguna, ni concesiones graciosas de la sociedad política.

El desarrollo de la vida en sociedad generó su aparición primero como una necesidad para la organización comunitaria (derechos políticos), luego, para dar un orden y disciplina a la convivencia (derechos civiles), después para lograr cierta igualdad y evitar los tratamientos discriminatorios (derechos económicos, sociales y culturales) y así, sucesivamente, fueron apareciendo nuevas preocupaciones (por ejemplo: las guerras mundiales ocurridas en este siglo demuestran la inutilidad de las defensas individuales si no existe asistencia internacional), dando lugar a los que después se llamaron derechos de la tercera generación, derechos de la solidaridad, para culminar en los que demuestran, claramente, el sentir mundial cuya tutela se persigue. Estos son los derechos a la paz, al desarrollo, a la libre determinación de los pueblos, a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado y a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad, entre los más destacados.³

3. *Los derechos humanos como valores*

No nos referimos con esto al valor como determinación cuántica, sino al sentido vital de su necesidad. Es, entonces, un criterio axiológico el que mentamos, aun a sabiendas de la distancia que tiene respecto a la teoría del valor en el plano de la filosofía jurídica.

De alguna manera, entender los derechos humanos como valores supone llevar al plano de la conciencia general los principios que identifican al ser.

Tal proposición encuentra un valladar importante: para lograr ese criterio será preciso que el valor sea, precisamente, apreciado positivamente por el sujeto, lo cual conduce a cierto relativismo por depender de un acto estimativo.⁴

Pero tal adaptación retorna a un sentir inadecuado: los valores no dependen del provecho que logremos porque, de ser así, todo valor cae en un puro subjetivismo.

Para desplazar la noción individual, otros entienden que los valores dependen de las apreciaciones colectivas de un pueblo, de una raza, de una época, de una cultura o de toda la humanidad.

³ Ver: Gros Espiell, Héctor, *op. cit.*, nota 1, p. 12. Carrillo Salcedo, Juan Antonio, "El derecho al desarrollo como un derecho de la persona humana", *Revista Española de derecho internacional*, vol. XXV, 1972, p. 119; Varios, *La protección internacional de los derechos del hombre*, México, UNAM, 1983.

⁴ Al respecto: Ortega y Gasset, José, *Obras Completas*, Madrid, Revista de Occidente, 1946, en especial el capítulo "¿Qué son los valores? Una introducción a la estimativa".

En última instancia, el valor así contemplado es el juicio resultante de una interpretación axiológica.

De tal dicción derivan tres especies diferentes de esta particular forma de subjetivismo: a) valor es todo aquello que, como tal, aparece o es estimado por la conciencia de la sociedad; b) valor es lo que de algún modo aprovecha o contribuye a la evolución y perfeccionamiento de la sociedad, y c) los valores son vida humana objetivada y como tal, son configurados por la historia.⁵

Un resumen esquemático de las posiciones permite llegar a obtener la siguiente conclusión: los derechos humanos son valores que tienen por objeto buscar el fundamento mismo de la convivencia, a cuyo fin el orden jurídico positivo se subordina a ellos, y los jueces que los interpretan encuentran una fuente modelo del cual no pueden apartarse sin caer en arbitrariedad o injusticia.

4. *Categoría jurídica de los derechos humanos*

El problema de establecer la categoría jurídica a que pertenecen los derechos humanos retorna a la polémica tradicional entre juspositivistas y jusnaturalistas. Inclusive, el esfuerzo filosófico por encontrar una adscripción lógica no deja de colisionar con los fenómenos particulares que identifican a cada sociedad. Así como la comunidad occidental estructura su pensamiento con base en el reino de la ley y del *common law*, resulta curioso observar como una cultura diferente, como la japonesa, no encuentra vocablos correspondientes a la palabra derecho (*droit, right, recht*) pues se fundamenta, esencialmente, en obligaciones y deberes, y no en derechos.⁶

Por eso Rommen explica muy bien que “la idea de un derecho natural puede surgir sólo cuando la razón descubre que no todas las leyes son inmutables, que pueblos distintos viven de acuerdo con leyes distintas y que casi imperceptible-

⁵ Fausto Fernández, Julio, *Los valores y el derecho*, El Salvador, Ministerio de Cultura, 1956, p. 154.

⁶ La misma curiosidad se observa entre los autores islamitas, donde el *Corán* es fuente de legislación y de cambios revolucionarios (v. gr. Irán). En este sentido el Islam puede ayudar a los pensadores occidentales a reconocer la estrechez de una concepción en que la reivindicación de la protección de los individuos ignora la “fraternidad en la obediencia de Dios”. También, en la India, el sánscrito no tiene equivalente para la palabra derecho, sino una que puede traducirse como “justa exigencia” por lo que el derecho siempre se gana y se merece. Según la idea de Kharma, se recoge lo que se siembra. En la misma línea se constata la confrontación de conceptos entre oriente y occidente y aun, en éstos, entre los países subdesarrollados, en expansión y poderosos. La síntesis propone dos consecuencias positivas de indudable alcance filosófico: “que derechos idénticos pueden no ser derechos similares en todos los aspectos y que por encima de la igualdad abstracta es necesario colocar la solidaridad entre los individuos y la interdependencia entre las sociedades”, en Ricoeur, Paul y otros, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Barcelona, Serbal-Unesco, 1985, p. 29.

mente el derecho cambia. Se concluye entonces en que no todo derecho es derecho divino, inmutable y sagrado, sino que existe también un derecho humano cambiante”.⁷

Cuando el concepto es permeable y recibe la influencia de otros sectores o corrientes del pensamiento se verbaliza la relatividad de los principios. De todos modos, el efecto que produce la interrelación de ideas provoca un intercambio generalizado que, habitualmente, coincide en aquellas verdades prácticas que referimos anteriormente.

El empalme de la categoría jurídica con la persona humana abre posibilidades distintas. Así pueden llamarse “derechos humanos”, “derechos naturales”, “derechos fundamentales”, “derechos del hombre”, “derechos individuales”..., pero en todas estas denominaciones aflora un valor, una identidad axiológica. El hombre tiene estos derechos por su sola condición, no importa el nombre que se les asigne; los tiene y los ostenta por su propia naturaleza y dignidad.

Esos derechos no responden a una categoría jurídica propia ni determinada. Por ello, al estar fuera de cualquier orden jurídico por ser “suprapositivos” (es decir, no establecidos por una declaración de la voluntad del hombre al instituir un sistema normativo) sólo puede colegirse su factibilidad a partir de una situación ideal. Algo así como un código de conducta; una ética del comportamiento.

Ahora bien; si los derechos humanos fueran sólo eso, carecerían de la realidad ontológica de un orden objetivo y, como tales, serían consagraciones para una sociedad ideal.

Pero como ellos son trascendentes a la persona misma por interesar su acatamiento y realización a todo el conjunto de la humanidad, deben poseer un *status* donde situarse para obtener desde él su ejecución.⁸

Si los derechos humanos son un valor que realizar, el mecanismo procesal que los ponga en vida determina una cierta positivización. El derecho mismo sería positivizado.

Bidart Campos habla de la presencia positiva de los derechos humanos en el sector del valor justicia; como que hay plenitud de tales derechos en el sector de las conductas.⁹

⁷ Rommen, Heinrich, *El Estado en el pensamiento católico*, Madrid, 1956, p. 179; ver, Bidart Campos, Germán J., *Los derechos del hombre*, Buenos Aires, Ediar, 1974, p. 23. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El proceso transnacional (particulares procesales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, Buenos Aires, Ediar, 1992, p. 34.

⁸ En tal sentido Peces Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales*, Madrid, Latina, 1980, pp. 16 y 31, donde sostiene que los derechos fundamentales son valores o paradigmas de un derecho futuro y que de esos derechos sólo se puede hablar en sentido estrictamente jurídico, una vez que son recibidos en un derecho positivo.

⁹ Bidart Campos, Germán J., *Valor, justicia y derecho natural*, Buenos Aires, Ediar, 1983, p. 181.

De manera que si “hay” derechos humanos es porque ellos coexisten en la realidad como derecho de posible cumplimiento y exigencia. Son valores coexistentiales que obran positivizados por la idea de imponer la justicia que ellos representan.

Tengamos por cierta y lógica la deducción antecedente para resolver ahora el problema de la calidad y de la legitimación.

Ambos son órdenes diferentes, pero contienen una simbiosis natural que razonan una interpretación armónica.

El hecho de aceptar como positivos los derechos humanos no lleva a sostener que deban ser realidades escritas en un catálogo que los identifique y reconozca.

Lo que verdaderamente importa es el esfuerzo intersubjetivo que concibe la practicidad a partir de la comprensión social que los incorpora y remedia como valores de tránsito constante.

Hay —dice Pérez Luño— una praxis histórico-social en la que el derecho y los valores éticos-jurídicos —y por tanto, también derechos humanos— surgen y se desarrollan, lo que cifra el fundamento de los derechos en el despliegue multilateral y consciente de las necesidades humanas, que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica.¹⁰

La *ratio* de los derechos humanos es ésta: el conjunto de necesidades esenciales de cada individuo en convivencia.

En el plano del reconocimiento ideal, las cosas suceden como se plantean; al menos en el estudio ofrecido en abstracto.

Cuando el derecho se vulnera, o se desconoce entramos en el problema del restablecimiento y, en su caso, en la persona capaz de reclamar la tutela.

Puede ser entonces que hallemos un nuevo contingente; que los derechos humanos conocen su verdadero contenido a partir de las limitaciones impuestas.

En efecto, por vía de principio, muy pocos de los derechos humanos son absolutos y el ejercicio de ellos, inclusive, puede estar limitado circunstancialmente. Si existe cercenamiento, y el derecho se resuelve como exigencia práctica, sólo el afectado podría pretender su reparación. Es decir, el que detenta el derecho subjetivo.

Esta peculiar situación que relaciona al titular del derecho con la pretensión esgrimible, en materia de derechos humanos —pensamos— sólo tiene andamiento a partir de resolver no tanto la calidad de quien reclama (legitimación procesal), sino la situación que se padece.

Es decir, podrían admitirse dos planos de movimiento permanente por la transformación de la sociedad: por un lado, el ideal, donde los derechos huma-

¹⁰ Pérez Luño, Antonio, *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 162. En idéntico sentido, Gordillo, Agustín A., *Derechos Humanos*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1990, *passim*.

nos se sostienen como valores realizables a partir del respeto y sujeción a un orden predeterminado. De otro, la realidad práctica, aquélla que enfrenta al hombre con la sociedad; al hombre con el Estado, sea porque otro lo condiciona, o porque no goza de los derechos a que positivamente accede.

En el primero no es necesario individualizar a nadie; el sujeto principal es el hombre como tal y como partícipe de la sociedad.

En el otro, resulta preciso encontrar el derecho a la jurisdicción; porque será justamente ella quien retornará las cosas a su estado natural.

No escapa a esta última acepción que, quien deducirá una pretensión para restablecer un derecho humano portaría él mismo un derecho subjetivo, y el valor que custodiar o reparar estará positivizado como tal.

Inmediatamente, habría que resolver si la protección procesal (jurisdiccional o infraprosesal) es constitutiva del derecho subjetivo; y, en su caso, si otros interesados (situaciones jurídicas conocidas como interés legítimo, simple y difuso) podrían generar el mecanismo asistencial.

Hay en esto una realidad práctica: si el derecho no tiene posibilidades de protección, es como un ser inanimado, no tiene vida en la coexistencia social.

No obstante, la vía de tutela judicial o protección es subsidiaria; obra como garantía, pero no hace a la esencia constitutiva del derecho fundamental.

El derecho no se resuelve funcional por la coacción sino por su axiología. En tal sentido, enlazamos la problemática del párrafo con el siguiente (vigencia sociológica de los derechos humanos), pues sólo hay positividad en los derechos humanos en la medida del consenso unánime de su necesidad; y con referencia a la protección, ella acontece como garantía, como instrumento cabal y eficaz para escudar a los derechos humanos sin retacear la tutela por la calidad individual del portante, sino por la cualidad trascendente que lleva la situación.¹¹

5. Vigencia sociológica de los derechos humanos

Derecho y realidad son dos situaciones que marcan una difícil confrontación entre lo ideal y lo posible.

Podrá existir el mejor sistema que anude derechos con deberes y obligaciones, pero bien cierto es que si ellos no se realizan caerán en la más pura abstracción.

Es evidente que, en materia de derechos humanos, podemos coincidir en reconocerlos como necesarios e imprescindibles, y aún obtenerlos consagrados por aplicación de normas fundamentales que los tengan en su *télesis* (v. gr.: a través de los llamados derechos implícitos). Son derechos de la comunión y la pacífica

¹¹ Gozáni, Osvaldo Alfredo, *Introducción al nuevo derecho procesal*, Buenos Aires, Ediar, 1988, p. 165.

armonía del hombre en coexistencia; generan a su vez un marco de adecuación con el sistema político por el que atraviesen y por eso, aún manteniendo innato su espíritu, pueden reformularse con base en lo que podría denominarse como condiciones de viabilidad.¹²

La incorporación de la Convención Americana a un orden interno crea las mejores condiciones de realización y praxis para los derechos humanos. Sin embargo, la juridicidad otorgada, que por sí misma importa asignar un marco propicio para su consagración, no ha determinado un sistema inmediato de vigencia práctica.

De lo que resulta que todo cambio en el sistema de los derechos y las libertades corresponde a los cambios que afectan a las oportunidades reales que permite la estructura social.

Órdenes distintos que generan respuestas distintas. Por un lado la norma trascendente indica la voluntad del Estado y de su pueblo; por otro, la dependencia fáctica.

Sostenemos en esencia la operatividad inmediata del Pacto, pero a nadie escapa que la fuerza natural de las cosas dependiza su acatamiento, reacomodando esa universalidad en el cuadro cultural que el país ofrece.

Los contrapesos muestran que derechos idénticos pueden no ser derechos similares en todos los aspectos y que, por encima de la igualdad abstracta, es necesario colocar la solidaridad entre los individuos y la interdependencia entre las sociedades.¹³

Ésta quizá sea la actitud de llegada, pero el camino viene cruzado por dificultades que permanecen afincadas en cuestiones históricas, políticas, culturales y sociales.

Miró Quesada pone en claro uno de estos repliegues. Agudamente observa como las Declaraciones sobre Derechos Humanos olvidan el anacronismo de los sucesos históricos. Así como hoy a América Latina se le recuerda que el lenguaje de esos derechos logra autenticidad a partir de las luchas que precedieron a su discurso, comenzando por la de la burguesía revolucionaria contra el absolutismo del Estado; omiten mencionar que estas tierras debieron luchar por su emancipación, de tal modo que el aleccionador enseña sin ver sus retrógradas manifestaciones.¹⁴

En esta línea de pensamiento se dice que antes de consagrar sugerencias tenidas como absolutas es preciso tomar conciencia del pasado, para desde allí alimentar un proceso de transformación y fomentar un sistema de defensa de los

12 Ver al respecto, Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 241.

13 Ricoeur, Paul y otros, *op. cit.*, nota 5, p. 29.

14 Miró Quesada, Francisco, *Fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Barcelona, Serbal-UNESCO, 1985, p. 334.

derechos humanos construido primero en las mentes y corazones de los individuos por medio de una fe y solidaridad comunes: “un sistema universal de educación para los derechos humanos puede liberar a la humanidad de sus preocupaciones obsesivas por la economía y el materialismo y conducir a la primacía de la cultura y de la calidad de vida que es la salvaguarda más segura y perdurable de los derechos humanos”.¹⁵

En verdad, el legado que recibe América Latina para dimensionar los derechos humanos no fue interpretado a pie juntillas. Diríamos que la superación esencial se basó en la afirmación de las libertades individuales y en el mecanismo ponderado para controlar y equilibrar el ejercicio del poder.

Forzoso resulta concluir que las constituciones modernas deben postergar esa limitación, pasando de la individualidad normativa a la generalidad de los acontecimientos, a lo que hemos llamado derechos de la solidaridad.¹⁶

Los problemas políticos en la vigencia de los derechos humanos aportan otro contrapeso cuando el gobernante o el sistema no se unen en el empeño por realizar francamente el compromiso de la comunidad.

Culturalmente aflora, a nuestro entender, el principio y el fin de la vigencia sociológica de los derechos humanos.

Todo derecho puede cobrar vigencia a partir de un hecho práctico como la publicación oficial, o por la ratificación del Poder Ejecutivo de un Tratado aprobado en el seno de las Cámaras Legislativas. Es cierto también que normativamente las leyes se suponen conocidas por todos, lo que equivale a reconocer la imposición práctica y el castigo al que las violentan.

Sin embargo, ¿hasta dónde puede afirmarse que el derecho como tal es una noción de carácter popular, masivo?

La cultura de un pueblo que obre en favor de los derechos humanos supone, como primer imperativo, dar a conocer con precisión lo que esos derechos representan.

A partir de la difusión se fomenta la enseñanza; la racionalidad del espíritu de aquéllos para obtener una armonía de grupos que no recicle por variables inesperadas, como la ignorancia de los derechos.

El conocimiento de los derechos y su debida valoración requieren ponerlos al acceso del descubrimiento intelectual y emocional por el pueblo, y difundirlos mediante una información continua, que bien puede valerse de la publicidad y la propaganda.

Una vez más, aquí se cuenta el progreso de los derechos del hombre a partir del proceso que los incorpora a la realidad del diario acontecer. No ser tan libres

15 Kirpal, Prem, *Fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, cit., nota 14, p. 333.

16 Gozáni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, p. 310.

por vías declamativas, como libres sí, porque le asigno a la libertad el valor que culturalmente tiene y conozco.

Finalmente, toda la sociedad personifica la tarea del reconocimiento. Va de suyo que los derechos humanos, en el marco de la vigencia sociológica que someramente delineamos, queda aprisionada a veces por las dificultades que encuentra en la tradición, la costumbre, el arraigo a situaciones soportadas y que ya no se ven como limitaciones sino como consecuencias de un estilo de vida, etcétera.

Sociología y derecho emparentan entonces los lazos entre los valores jurídicos presentes y los que aspiran a concretarse. El gran salto desde el *status quo* hasta la esperanza.

Como tal, existirá siempre la nebulosa situación que presupone la esperanza: algo imaginable y auspicioso, pero, como no lo tengo, puedo resistir mi presente por temor a que el gran cambio no sea tal.

Dificultades ciertas, es verdad, pero dominables cuando el movimiento político y jurídico de una sociedad se organizan francamente como protectores de los derechos humanos.

6. Los derechos humanos frente a “su circunstancia”

Como vemos, del fenómeno global de los derechos humanos emergen numerosas situaciones de análisis que obligan a interpretarlas en el concierto de las circunstancias donde se pretenden insertar.

Existe, como expresamos en párrafos precedentes, una condición ideal que propicia su instauración sin vallas ni condiciones; pero también la realidad nos lleva a cubrir espacios de posible incidencia en la medida que cada uno reporta una “circunstancia particular” en los derechos humanos.

Quizá la más importante radique en la sociedad constituida, porque la traza de diferencias que generan las políticas demográficas y políticas, al señalar países desarrollados y subdesarrollados —*lato sensu*—, demuestran que son diversas las “calidades de vida”.

Esa polifacética contingencia provoca una reacción ineludible en el compromiso por lograr un tratamiento sistemático y responsable de los derechos humanos. La primera condición estaciona en las obligaciones del Estado, como responsabilidad principal en sus programas de gobierno de aliento, fomento y protección hacia los derechos del hombre. La segunda reposa en la cooperación internacional, porque ya no es posible pensar en sociedades autónomas y autoabastecidas.

En este marco, cada Estado supone una circunstancia individual para el progreso de los derechos humanos, lo cual no impide que las normas internaciona-

les orienten una definición propia, de imposible mutación por conveniencias particulares ni limitaciones ostensibles a libertades plenamente reconocidas.

Obsérvese que existen ciertos derechos del hombre que resultan variables de acuerdo con la sociedad que los recibe. Por ejemplo, el derecho fundamental de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos provoca desequilibrios entre las sociedades latinoamericanas y las orientales.

Igual desequilibrio hay en el derecho al desarrollo, porque cada sociedad tiene metas diferentes de acuerdo al progreso económico-social de su población.

Lo cierto es que cada peculiaridad social supone una elevación de intereses distintos, y esa diferencia resulta trascendente a la hora de homogeneizar el tratamiento positivo de los derechos humanos.

Sin embargo, el plexo común de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, como la Convención Europea y Americana —cada una con su esfuerzo particular— han servido de idealizaciones a un común denominador.

Por tanto, esta faceta condicionante debe ser tenida en cuenta, pero no ha de significar limitación a la garantía, respeto y promoción que merecen los derechos humanos.

7. Los derechos humanos como “imagen”

También, porque no, los derechos humanos son un problema de imagen para un Estado.

No escapa al observador que el acto explícito de incorporación de un convenio de las características del Pacto de San José de Costa Rica ha ido sustanciándose en mayor dimensión, a medida que cada país latinoamericano fue democratizando sus instituciones.

Objetivamente, la ratificación del Tratado obedece, muchas veces, a una forma política de dar seguridad y garantías a los individuos sobre los derechos que intrínsecamente son suyos.

Acierta Bidart Campos al decir que “la doctrina de los derechos humanos circula en el ambiente sociocultural que la acoge, con gran fuerza legitimante”;¹⁷ reiterado en la opinión que afirma que “en la actualidad, la garantía de los derechos fundamentales de la persona humana ha llegado a convertirse en una especie de suprema instancia legitimadora del ejercicio del poder, hasta el punto de que es prácticamente imposible encontrar algún sistema de gobierno que, de una u otra forma, no se preocupe por ofrecer una imagen pública de pleno acatamiento de los derechos de la persona”.¹⁸

17 Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, nota 11, p. 277.

18 Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1964, p. 211.

Ahora bien, el hecho simple y rotundo de reconocer derechos humanos debería importar simultáneamente su operatividad dentro del Estado que manifiesta el acatamiento.

A su vez, la efectividad de tales derechos está sujeta a la interpretación que se le asigne. Es decir, antes de intentar dar cumplimiento a una norma debemos saber lo que ella significa, y en esto radica una de las principales dificultades para la autoejecutividad de los derechos del hombre, más allá de la polémica sobre normas programáticas y operativas.

Para un legislador, juez o abogado, la ley se interpreta con base en sus antecedentes. La jurisprudencia es fuente de la norma, como lo son las sesiones legislativas. Pero en la consagración de los derechos humanos, su precedente es la historia y su jurisprudencia se reduce a los valores.

Aun cuando reciban en su *télesis* un lenguaje común, el discurso cambia en las diversidades que admiten culturas bien diferentes.

De este modo, es posible constatar que la incorporación del derecho transnacional al derecho interno no se cumple con el mero depósito de un instrumento de ratificación.

Lo importante, lo que hace a la legitimidad del acto viene después y radica en la función inmediata de recepción de los principios preconcertados por las naciones.

Lo que origina a su vez un nuevo interrogante, ¿son todos los derechos de la Convención Americana “garantizados” por el Estado? ¿Acaso puede el Estado “garantizar” algún derecho?

En suma, el reconocimiento de los derechos humanos no legitima a un Estado, pues dicho acto puede enrolarse en esa “organización de la vergüenza” que el concierto universal auspicia para ciertos países ajenos a una conducta, digamos, humanamente tolerable.

8. *Incorporación de los derechos humanos al derecho interno*

Para llegar a esclarecer la vigencia de los derechos humanos en el derecho interno damos por superado el interrogante que otrora se planteaba, referido al ingreso de un tratado en el orden jurídico local a partir del dictado de una ley que integre las previsiones normativas concertadas, o bien, receptorlo con los actos pertinentes del Poder Legislativo y Ejecutivo respectivamente.

El dilema podría plantearse con los alcances que resulten asignados en cada legislación común, y con los efectos que se persigan al adherir a un pacto de la fisonomía, por ejemplo, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Basados en esos límites, observamos que en Argentina se efectuó la interpretación de los derechos humanos en la dimensión intelectual elaborada para los derechos constitucionales.

Bajo una premisa similar, México reconoce superioridad a la Constitución, sobre todo en los términos del artículo 133 de la Constitución Política que dice:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión, y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados.

Ahora bien, como los derechos constitucionales resultan también operativos (autoejecutivos) y programáticos, resulta imperioso conocer a qué derechos nos referimos y cómo juegan internamente.

Por vía de principio, los derechos son operativos cuando son directamente ejecutables, es decir, que no requieren ni necesitan de una norma que los complemente.

A su vez, otros serían programáticos o ideológicos, según formulen una aspiración a lograr, un proyecto compartido, una ilusión común; o bien, enuncien desde una filosofía particular un programa que conducir. En ambos casos, las normas requerirán de un complemento que las formule positivamente.

El conflicto de estas últimas estriba en el tiempo, modo y forma como se realizan. Si no existe norma indicativa que precise el momento en que deben reglamentarse, podría llegar a sostenerse que ellas valen sólo como un programa de acción.

No obstante, sin esfuerzo se pueden obtener otras conclusiones. De algún modo la omisión del Estado en dictar la norma que operativice y dé plenitud al derecho del hombre planteado como programático, importa un acto inconstitucional por la demora o el ocio voluntariamente dispuesto.

También, se postula como principio que si el Estado supedita la vigencia a la espera de una ley próxima, cede la supremacía constitucional pues no es compatible la idea de que existan derechos cuyo ejercicio no pueda hacerse efectivo por ausencia de una legislación reglamentaria, o cualquier otro acto o decisión del poder tendentes a dejarle curso expedito.¹⁹

Asimismo, si el derecho presentado no se cumplimenta por la omisión referida, no obstante pueden ser válidos por motivos de repudio o resistencia a una contingencia que los enfrente. En estos casos, debería el Estado limitar su propia acción y otorgarles, aún sin norma sancionada que lo integre, la vigencia operativa como control de razonabilidad.

¹⁹ Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, nota 11, p. 360.

En caso de que la norma reglamentaria se dicte, pero acote a límites constrictos el alcance normal de la premisa, podría plantearse la inconstitucionalidad de la disposición por violar el espíritu manifiesto de la orientación liminar.

Regiría directamente, en tal caso, lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la Convención Americana, que se refieren a la interpretación de las normas del Pacto y al alcance posible y admitido de las restricciones.

Analizado el cuadro de principios y derechos que consagra la Convención Americana, pueden diagramarse tres situaciones estrechamente vinculadas.

a) El Pacto de San José de Costa Rica, como conjunto normativo, se incorpora al derecho interno cuando el Estado se adhiere a la Convención.

Interesa en este grupo afirmar la constitución de organismos operativos de la Convención, como la Corte y la Comisión, que deben orientar su vigencia de acuerdo con los términos como se realice el reconocimiento. Cuando se admite la jurisdicción contenciosa de la Corte se estiman sus decisiones jurisdiccionales con el alcance que señalamos en el párrafo siguiente. Similar efecto resulta con la Comisión, en la medida que las recomendaciones que pronuncie en opiniones consultivas servirán como orientadoras de un diseño que seguir.

Dentro de este conjunto se desarrolla lo que se denomina el derecho internacional de los derechos humanos, con sus sistemas y mecanismos de promoción y protección.

b) En un segundo grupo se alinean los derechos operativos (*self executing*). Presentes ya en la Convención, se integran al derecho interno y soportan su inmediata aplicación por vía de la presunción de ejecutoriedad que de ellos emana.

A tal fin la opinión consultiva número 7, despachada a requerimiento del gobierno de Costa Rica (con relación al derecho de rectificación o respuesta), dejó en claro que el artículo 2º de la Convención —que manda a los Estados partes a dictar medidas que garanticen el cumplimiento de los derechos— reviste carácter subsidiario, porque la obligación esencial viene impuesta en el artículo 1º, haya o no legislación interna; si ésta falla, la Convención se aplica igualmente mientras ello resulte posible.²⁰

c) El tercer grupo lo integran los derechos programáticos los que, como dijimos, necesitan de la implementación local.

²⁰ Según Bidart Campos, son normas del pacto directamente operativas las dispuestas en los artículos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 16, 17 (con excepción de los acápites 4 y 5), 20, 21, 22, 24 y 25. A su vez, los artículos 10 y 14 remiten a la ley interna, pero ello no les priva de su carácter operativo. Lo mismo cabe para el artículo 18 donde el Pacto pide una ley que reglamente la forma de asegurar ese derecho, ya que una ley de reaseguro no es lo mismo que una ley reglamentaria de la norma programática. El artículo 19 será también operativo por la amplitud con que se redacta. Por fin, el artículo 23 no expresa que las personas “tienen” derecho, sino que todos los ciudadanos “deben gozar” de los que inmediatamente se enuncian. Ver, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo III (Los pactos internacionales sobre derechos humanos y la constitución), Buenos Aires, Ediar, 1989, p. 129.

Los artículos 1 y 2 de la Convención participan de este asignado. De todos modos, el “programa” que proyectan declama mucho más que una razón para que los Estados organicen y ajusten su propia legislación.

Nikken, interpretando la relación entre los artículos citados, manifiesta que la programaticidad de ellos puede conducir a un resultado absurdo, como es el de dar por no escrito el artículo 1° ante la omisión reglamentaria que dictamina el artículo 2°. “En consecuencia, si por cualquier circunstancia... (un derecho protegido) no pudiera ser ejercido por toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos por ella previstos”. En suma, agrega:

si el artículo 2° es leído a la luz de lo dispuesto por el artículo 1°, se concluye, como lo ha hecho la misma Corte Interamericana, que dicha disposición no hace más que recoger una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole. Se trata, pues, de un tema que tiene que ver con la inserción del derecho internacional en el derecho interno o, incluso, con la eventual ejecutoriedad de la Convención Americana en algunos Estados, cuyo sistema jurídico permita a los tribunales adoptar decisiones (“medidas de otro carácter”), para garantizar los derechos internacionales protegidos, aún en ausencia de ley interna que los reglamente.²¹

9. *La obligatoriedad de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos*

Conservemos la ilación expuesta en el párrafo que precede y desde allí, instemos un avance más en la proyección de los derechos humanos.

El interrogante actual plantea ¿qué obligatoriedad tienen los instrumentos internacionales sobre derechos humanos?

La disyuntiva interpreta posibilidades alternas, según se propicie la vigencia efectiva de los derechos humanos, sin norma expresa que los reciba; o bien, se trate sobre la protección jurídica y procesal (derecho y proceso) o, en su caso, nos instalemos directamente en la función jurisdiccional para observar cómo se interpretan y valoran los derechos emergentes de los instrumentos internacionales. Este último aspecto contiene una faceta más, que explica la forma precisa de defensa que los derechos humanos requieren.

²¹ Nikken, Pedro, “Los Derechos Humanos en el sistema regional americano”, *V Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, agosto 1987-4, pp. 18-22.

La primera cuestión esbozada pone en tintas la situación que acontece cuando los derechos humanos no tienen positivación, es decir, marco normativo que los precise, y la crisis asienta en el consabido principio que refiere que “lo que no está escrito no está en el mundo”.

La historia del constitucionalismo muestra que, actualmente, se necesita la norma escrita para tutelar un derecho determinado; pero el derecho anglosajón no tiene el mismo concepto, porque los derechos alojados en el *common law* no están escritos.

Aún más, existen ciertos derechos que reciben tutela y protección no por ser positivos, sino por interpretación judicial o mera costumbre. En el primer caso, nos referimos a la jurisprudencia o derecho judicial, y en el restante al derecho consuetudinario.

El derecho internacional recibe estos postulados y da mayor amplitud a los que se deben entender por fuentes de derecho. En este sentido, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en su artículo 38.1, reconoce cuatro fuentes que deben aplicarse sin cortapisas: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establezcan reglas expresamente admitidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, y d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas reconocidos, que se constituyen en auxiliares para la interpretación adecuada y uniforme de las reglas de derecho.²²

La respuesta vuelve a considerar la problemática expuesta que consiste en saber si los derechos humanos son o no derechos subjetivos, y en franca remisión a lo dicho *ut supra*, reiteramos que el derecho no se resuelve funcional por la coacción sino por los valores que porta y representa.

Afincada la conclusión, queda espacio para un segundo interrogante: ¿cuál es la protección procesal de los derechos humanos?

Aquí el *quid* admite dos posibilidades, o bien relacionamos la respuesta con los instrumentos vigentes para el desarrollo de aquellos o, en su caso, atendemos la interpretación jurisdiccional que se otorga en cada situación concreta.

El marco de referencia documental, en constante evolución, tiene un tronco frondoso formado por cuatro documentos básicos: la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 1948), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

²² Ver el fundado trabajo de O'Donnell, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, Lima, Comisión Andina de Juristas, auspiciado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Fundación Friedrich Naumann, 1988, pp. 15 y ss.

De todos modos, coexisten una multiplicidad de entidades y procedimientos emergentes de más de una treintena de tratados y varios protocolos adicionales vinculados con las libertades fundamentales del ser humano (v. gr.: Carta Social Europea, Liga de los Estados Árabes, La Carta Africana, etcétera).

Las características esenciales que todos conllevan pueden resumirse en los términos dichos por la Corte Interamericana, al emitir la Opinión Consultiva número 2. Allí indicó:

Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y en particular la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.²³

Evolutivamente existe un suceso notable que va destacando cómo las Declaraciones primeras, cuyo valor era meramente hipotético y formalmente declarativo, fue adquiriendo fuerza hasta el punto de constituirse, en reiteradas ocasiones, en la legitimidad misma del instrumento que adopta un Estado parte.

Fenómeno similar ocurre con los preámbulos de las leyes fundamentales y, de hecho, acontece regularmente como un estatuto de principios fundantes.

Cuando estos instrumentos ingresan reconocidos por las leyes de un Estado cualquiera, queda en pie la interpretación judicial que se asigne. Problema éste que veremos en el parágrafo siguiente; en cambio, la defensa interna de los derechos humanos requiere de ciertas flexiones en los mecanismos procesales, porque allí veremos cómo se refleja la protección de los sistemas vernáculos exigiendo, por ejemplo, el agotamiento de todos los recursos locales, la inmutabilidad del decisorio que cuenta con la estabilidad de la cosa juzgada, etcétera.

Finalmente, no puede obviarse la incidencia manifiesta que tienen en cada una de las posibilidades descritas, los diversos sistemas de protección procesal de los derechos humanos, sean estos internacionales, continentales, regionales, comunitarios, etcétera.

De este modo se distinguen tres tipos de manifestaciones que internacionalizan la preservación de los derechos fundamentales a partir de una situación propia:

a) El derecho de las comunidades, cuyo ejemplo más notable lo representa la Comunidad Económica Europea, entiende que el respeto a los derechos básicos

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, O.C. 2/82 del 24 de diciembre de 1982, serie A, número 2, párrafo 29.

constituye una parte integral de sus fundamentos y principios. A este fin, destina un Tribunal de Justicia (la Corte con sede en Estrasburgo) cuya finalidad tuitiva consiste en garantizar los derechos humanos a los miembros de la Comunidad.

b) la dimensión continental, que ocupa a la Organización de los Estados Americanos, es otra vertiente de lo expuesto; sobre todo a partir de 1959 cuando se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, en especial, desde que fue suscrito el Pacto de San José de Costa Rica.

Similar inspiración cuenta la Carta de Addis Abeba, que origina la Organización para la Unidad Africana; como la Liga de Estados Árabes, fundada en 1968.

c) la dimensión transnacional, pensada por la Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya, refleja una corriente más en la promoción de estos derechos.²⁴

10. *La interpretación judicial de los derechos humanos*

El diseño constitucional de muchos países pone a los Tratados en una categoría inferior a la misma ley fundamental lo que no impide que, ratificado un convenio, deba dársele cumplimiento inmediato por lo dispuesto habitualmente en las cláusulas de supremacía, como por el artículo 27 de la Convención de Viena.

Las reservas comunes que las naciones realizan cuando aceptan la vigencia interna de un instrumento como los descritos anteriormente, tanto como —en su caso— la competencia y jurisdicción de los organismos de tutela, pone de relieve el carácter infraconstitucional de estos convenios sobre derechos humanos.

La cuestión que hay que clarificar estriba en que muchos de los derechos humanos, que vienen a incorporarse al orden jurídico interno, por lo común están ya incorporados en la Constitución y otros, si no lo estuvieran, seguramente estarían considerados como derechos implícitos.

¿Qué ha cambiado, entonces, en los derechos preexistentes?

Loewenstein emplea algunos términos que nos parecen útiles y sutiles para alcanzar una definición del planteamiento.

Al clasificar las constituciones habla de una clase de constitución ideológica-programática, en oposición a otra que denomina utilitaria.²⁵ La primera concierne, desde el plano de una ideología determinada, una serie de derechos a los que imprime una definida valoración, creencia, aptitud, etcétera. La segunda, resulta ascéptica y declama sus principios de organización estadual.

Casi como un fenómeno continental, las cartas magnas latinoamericanas se adscriben a la primera de las clasificaciones hecho que, no obstante, permite

²⁴ Gozafni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, p. 239.

²⁵ Loewenstein, *op. cit.*, nota 17, p. 211.

visualizar genéricamente una parte dogmática poco teñida de manifestaciones estrictamente programáticas de una idea política determinada.

En el caso de Argentina, esa distinción es precisa y, aún más, sus principales modificaciones surgieron acompañando el fenómeno de la transformación social, más que por el impulso de una renovación doctrinaria.

Sin embargo, si las constituciones proclaman derechos fundamentales que se elevan sobre cualquier otra legislación, bien cierto es que la Convención Americana, como los demás instrumentos, perfilan un conjunto de derechos cuya axiología goza del consenso continental. Bien se apunta que

los tratados internacionales sobre derechos humanos revisten carácter de derecho mínimo: lo de carácter 'mínimo' de la declaración de derechos contenida en los pactos puede entenderse en un doble sentido: por un lado, quiere decir que en ellos sólo se incluyen los derechos fundamentales y, aún así, en su contenido esencial, primario o básico; por otro lado, significa además que las fórmulas normativas tienen el detalle mínimo descrito de esos derechos y de su contenido, con elasticidad y generalidad lexicales para facilitar la ratificación y adhesión de los estados, de modo que el derecho interno de estos no tropiece con barreras demasiado rígidas y disponga de suficiente margen reglamentario interno compatible con la aludida apertura de las disposiciones normativas internacionales.²⁶

Al compartir este criterio, fácilmente se colige que no existen tropiezos entre la Constitución y los derechos humanos incorporados al derecho interno. Estos siguen en el espíritu de la ley fundamental y requieren su puesta al día, a veces por analogía, otras por expresa reglamentación.

De uno u otro modo, lo cierto es que los derechos emergentes de las convenciones son declarativos de aptitudes que deben ser reconocidos sin demora a su simple pretensión, por ser principios de un orden que trasciende la voluntad del Estado cuando ésta se ha manifestado positivamente respecto a su reconocimiento.

Con lo cual volvemos a un círculo vicioso, pues si el Estado no los pone en ejercicio, no los interpreta adecuadamente o lo hace con sujeción a principios que no son naturales a su Constitución, podríamos pensar en inconstitucionalidad por omisión, o de incumplimiento con las garantías reportadas a los Estados Partes.

La interpretación política de los derechos humanos (distinta a la valoración proveniente de la jurisdicción), indica que la obligatoriedad de un derecho reconocido por una convención o tratado, depende del valor jurídico y jerárquico que, internamente, se asigna al valor susodicho.

Por ello es útil distinguir entre derechos programáticos y *self executing*, porque se elimina la posibilidad de ambigüedades provenientes de conveniencias políticas.

26 Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, nota 19, pp. 112-113.

La discrecionalidad para admitir un derecho determinado como fundamental no es habitual ni común en los instrumentos internacionales. El basamento que los involucra parte de la premisa del consenso generalizado, de manera que las diferencias han de hallarse en la aplicación interna, más que en la práctica institucional.

Se llega así a un problema superior, del cual hemos de insistir cuando analicemos el conflictivo tema del control de constitucionalidad de las leyes. ¿Qué deben hacer los jueces cuando deben aplicar y reconocer los fundamentos que pondera un derecho humano cualquiera?

En primer lugar, el tema obliga a reconocer cierto deber negativo del Estado, que le reporta la obligación de abstenerse de ejecutar o provocar actos que atenten contra las libertades fundamentales.

Seguidamente, los poderes Legislativos cumplen la función de adecuar las necesidades del medio y la sociedad brindándoles, a través de una norma expresa, los derechos que reclaman para su justo ejercicio.

La jurisdicción, por su parte, tiene el deber de ofrecer un proceso adecuado, que posibilite un acceso sin restricciones, un recurso efectivo, un litigio sustanciado sin sofismas rituales, y un pronunciamiento que tienda a aplicar los derechos superiores que hacen a la conformación humana y a su dignidad.

Queremos expresar con ello, que los derechos humanos cuentan con cierta supremacía (superlegalidad según el léxico constitucional francés) de manera que, como dice Bidart Campos

Si para nuestro tema atendemos al derecho internacional de los derechos humanos (tratados, pactos, convenciones, etcétera, con un plexo global, o con normativa sobre un fragmento o parcialidad) decimos que en tal supuesto el derecho internacional contractual está por encima de la Constitución. Si lo que queremos es optimizar los derechos humanos y si conciliado con tal propósito interpretamos que las vertientes del constitucionalismo moderno y del social se han enrolado —cada una en su situación histórica— en líneas de derecho interno inspiradas en un ideal análogo, que ahora se ve acompañado internacionalmente, nada tenemos que objetar (*de lege ferenda*) a la ubicación prioritaria del derecho internacional de los derechos humanos respecto de la Constitución.²⁷

11. *La significativa incidencia de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*

Ha sido el juez de la Corte Interamericana, D. Niceto Navia, quien dedicó buena parte de sus esfuerzos para destacar la importancia de la Convención de

27 Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, nota 11, p. 362.

Viena sobre el régimen de los tratados internacionales en lo relativo a la interpretación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.²⁸

Decía entonces que

Sin que sea posible, en definitiva, separar radicalmente esos medios (los medios de interpretación), es necesario definir la importancia relativa que tiene el texto del tratado (interpretación literal integral), el objeto y fin del mismo (interpretación teleológica) y la que tiene en cuenta la intención de las partes.²⁹

Con lo cual aparece una condición diferente en la inteligencia que debe asignarse a los derechos humanos respecto de los mecanismos tradicionales de interpretación.

Uno de estos significativos implementos lo aporta la Convención de Viena, sobre todo cuando en el artículo 31 establece que: “todo Tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objetivo y fin”.

El párrafo segundo agrega la importancia de los Preámbulos en la integración exegética, y el artículo 31.3 apartado b destaca que “se tomará en cuenta, de acuerdo con el contexto... cualquier práctica posterior en la aplicación del Tratado que establece el acuerdo en cuanto a la interpretación entre los partidos”.

Tanta es la preocupación por el mecanismo de desmenuzamiento de los Tratados que el artículo 32 permite recurrir a medios suplementarios de interpretación, incluyendo los trabajos preparatorios (interpretación histórica) y las circunstancias de su adopción.

La Corte Interamericana ha sostenido que

Este método de interpretación se acoge al principio de la primacía del texto, es decir, a aplicar criterios objetivos de interpretación. Además, en materia de Tratados relativos a la protección de los derechos humanos, resulta todavía más marcada la idoneidad de los criterios objetivos de interpretación, vinculados a los textos mismos, frente a los subjetivos, relativos a la sola intención de las partes, ya que tales tratados, como lo dijo esta Corte, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes, sino que su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes.³⁰

28 Navia, Niceto, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados en su aplicación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Derechos Humanos de las Américas*, OAS, 1985, p. 272.

29 Navia, Niceto, *op. cit.*, nota 26, p. 273.

30 O.C. 3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A, núm. 3, párrafo 50, sobre restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Ver en el mismo sentido, O’Donnell, Daniel, *op. cit.*, nota 21, pp. 33-34.